



Acórdão

Secretaria Judiciária

Órgão julgador: Seção de Direito Público

Mandado de Segurança processo nº 0003892-57.2017.814.0000

Impetrante: Iryam Santos Soares

Advogado: Indira Rocha de Souza

Impetrado: Governador do Estado do Pará

Procurador: Celso Pires Castelo Branco

Relatora: Desa. Elvina Gemaque Taveira

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO C-167 SEAD-SEDUC. EDUCAÇÃO ESPECIAL. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ARGUIÇÃO DE PRETERIÇÃO EM RAZÃO DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO VAGO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO PELA MANUTENÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS QUE ATUARIAM, NA EDUCAÇÃO ESPECIAL, EM DESVIO DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA POR INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A impetrante participou do Concurso Público C-167, Edital nº 01/2012 SEAD-SEDUC, que ofertou 50 vagas para o cargo de Professor Classe I, nível A, Modalidade Educação Especial, 3ª URE, Município de Abaetetuba, sendo ofertadas para esse polo, 47 vagas de livre concorrência e 3 para candidatos portadores de necessidades especiais. Aprovação na 68ª (sexagésima oitava) colocação para o referido cargo/polo, ou seja, fora do número de vagas ofertadas em edital.

2. Os candidatos aprovados fora do número de vagas não possuem direito líquido e certo à nomeação, SALVO quando demonstrada a preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. RE 837.311 (Tema 784).

3. Arguição de preterição em razão da contratação de servidores temporários. A paralela contratação de servidores temporários realizada no prazo de vigência do concurso não implica necessariamente em preterição à ordem de classificação, pois, os temporários admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados



mediante concurso público (art.37, II e III da CF) e supremas necessidades permanentes do serviço.

4. Para o reconhecimento da preterição é necessária a comprovação da existência de cargo de provimento efetivo vago e que o servidor contratado a título precário está exercendo as atribuições típicas desse cargo.

5. O documento anexado aos autos (relatório de professores temporários lotados na educação especial) não comprova a existência de cargo de provimento efetivo vago para o qual a impetrante prestou o concurso. Reconhecer direito líquido e certo à nomeação pela simples razão de existirem servidores temporários, poderia obrigar o Estado a nomear candidato sem haver disponibilidade, implicando, por via transversa, na criação de cargo, sem o devido processo legislativo, o que, por certo, está fora das competências do Poder Judiciário.

6. Alegação de preterição pela contratação/manutenção de servidores efetivos que estariam atuando, na educação especial, em desvio de função. O documento anexado aos autos (Relatório de professores efetivos lotados na educação especial, não ingressados pelo concurso C-167) não comprova o alegado desvio de função, tanto que, a discussão acerca da matéria está sendo objeto de mérito na Ação Civil Pública nº 0001281-72.2015.814.0301, procedimento que, diferentemente da via eleita pela impetrante, permite a dilação probatória para o esclarecimento da controvérsia.

7. Ausência de prova pré-constituída quanto à preterição. Necessidade de dilação probatória para fins de configuração do Direito Líquido e Certo. Inadequação da via eleita. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça.

8. Denegação da segurança por indeferimento da petição inicial. Processo extinto sem resolução de mérito (art.10 da Lei 12.016/09 c/c art.485, V, do CPC/2015).

9. Custas pela impetrante. Suspensão da exigibilidade por ser beneficiária da Justiça Gratuita (art. 98, §3º, do CPC/2015).

10. Sem condenação em honorários advocatícios por força das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ c/c o art. da Lei nº 12.016/2009.

11. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Excelentíssimos



Senhores Desembargadores componentes do Tribunal Pleno 1ª do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, em DENEGAR A SEGURANÇA PLEITEADA POR INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

47ª Sessão Ordinária – Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 12 de dezembro de 2018. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Ricardo Ferreira Nunes.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com Pedido Liminar (processo n.º. 00038925720178140000), impetrado por IRYAM SANTOS SOARES contra ato atribuído ao GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ.

A impetrante aduz que foi classificada na 68ª (sexagésima oitava) colocação, no concurso C-167, para o cargo de Professor Classe I, nível A Educação Especial, 3ª URE – Abaetetuba/PA. Afirmar, que em 14 de fevereiro de 2014, o Governador do Estado nomeou 82 candidatos, sendo que 04 tiveram as nomeações tornadas sem efeito por não terem tomado posse no prazo legal.

Sustenta, que o direito dos candidatos classificados está sendo violado pelas sucessivas contratações temporárias que têm sido realizadas pela Secretaria de Educação do Estado, o que evidenciaria a necessidade de convocação e nomeação dos aprovados que ainda aguardam em lista de espera.

Discorre que apesar de ter sido o primeiro concurso específico para o provimento de cargos de professor para atuar na educação especial, o Estado mantém em seu quadro funcional inúmeros servidores efetivos exercendo essas funções, em verdadeiro desvio de função.

Em síntese, afirma que a Administração remaneja os professores efetivos do ensino regular para a modalidade educação especial e passa a nomear temporários para exercerem as funções do cargo de professor ensino regular, concluindo que esta prática resulta em preterição dos candidatos aprovados no concurso C-167.

Menciona a Ação Civil Pública 0008244-06.2016.814.0061, ajuizada com o objetivo de assegurar o atendimento de alunos na educação especial com déficit cognitivo, e, a tutela antecipada deferida na Ação



Civil Pública nº 000128172.2015.814.0301, determinando a exoneração de todos os temporários da educação especial e ensino religioso, realocação dos docentes efetivos em desvio de função, bem como, a realização da nomeação e posse dos aprovados no certame C – 167.

Ao final, requer a concessão de liminar, para que seja determinada a sua nomeação para o cargo de Professor Classe I, nível A e, caso a medida esbarre na insuficiência de recursos financeiros, que sejam imediatamente exonerados os servidores temporários que atualmente exercem a função de professor de educação especial. No mérito, pugna pela confirmação da liminar, com a concessão da segurança.

O processo foi distribuído a minha relatoria e as fls.68/70 indeferi o pedido liminar, determinando a notificação da autoridade e a intimação do Estado do Pará.

O Estado do Pará peticionou às fls.79/88, alegando que a impetrante não demonstrou a ocorrência de preterição, requerendo a extinção do processo sem resolução de mérito.

O Governador do Estado prestou informações(fl.90/98), reiterando os termos da manifestação do Ente Público.

Em manifestação(fl.102), o Órgão Ministerial sugeriu que a impetrante fosse intimada para se manifestar sobre o interesse em aderir à ação coletiva.

Intimada, a impetrante permaneceu silente, conforme certificado às fls.105.

É o relatório do essencial

VOTO

A questão em análise reside em verificar se a impetrante, possui Direito Líquido e Certo à nomeação no cargo de Professor Classe I, nível A, Modalidade Educação Especial ,3ª URE, Abaetetuba/PA, diante da alegada ocorrência de preterição.

Segundo a impetrante, a preterição estaria caracterizada pelos seguintes motivos:

- a) manutenção/contratação de servidores temporários para o mesmo cargo/polo da impetrante;
- b) as atividades exercidas por estes temporários seriam de função permanente da



administração e, privativas de cargo de ingresso efetivo, situações que violariam o disposto no artigo 37, II, da CF/88;

c) O Concurso Público nº 01/2012 teria sido o 1º certame destinado ao provimento de cargos de professor na educação especial e, em que pese o referido fator, a Administração Pública teria mantido em seus quadros servidores efetivos que não prestaram concurso para atuar na referida modalidade de ensino, situação que caracterizaria desvio de função.

O mandado de segurança é ação de natureza excepcional e constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade pública ou investida de função pública.

Disciplinado pela Lei 12.016/2009, afigura-se como instrumento cabível diante de ação ou omissão ilegal ou ilegítima dos prepostos da Administração Pública no exercício desta função, sendo considerado ação de rito sumário especial, que se traduz em espécie jurisdicional de controle dos atos administrativos.

Segundo o entendimento consolidado pelo STJ, para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que no momento da impetração do mandamus, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido.

Com efeito, a certeza e a liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito, o qual deverá estar demonstrado por prova pré-constituída. Resulta dizer, que não se pode afirmar com certeza a existência do direito se não há certeza quanto ao fato que lhe dá suporte. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SUSPEITA DE FRAUDE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, AD CAUTELAM, PELA AUTORIDADE MUNICIPAL. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. AFRONTA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO DEMONSTRADA PELA RECORRENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO INVOCADO. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. VIA IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271/STF. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Padre da Posse Restaurante Ltda. contra ato do Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro, que suspendeu a remuneração referente a contratos de prestação de serviços de preparo, fornecimento, transporte e distribuição de refeições. 2. O Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do mandamus. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido. 3. Hipótese em que a Corte de origem decidiu que não ficou comprovada, de plano, a cogitada afronta às garantias do contraditório e da ampla defesa. Asseverou, ainda, que a suspensão cautelar dos contratos administrativos em andamento encontra respaldo no poder-dever de autotutela da Administração. 4. Assim, analisar os argumentos apresentados pela



recorrente em suas razões recursais demanda dilação probatória incompatível com a via eleita. Tal situação resulta na constatação de que a via mandamental é inadequada para a presente discussão, ante a necessária dilação probatória para esclarecer todas as controvérsias existentes nos autos, relacionadas especialmente com os motivos que conduziram a suspensão dos contratos de prestação de serviços de preparo, fornecimento, transporte e distribuição de refeições realizados com o Município. 5. Ademais, "a atuação devida e esperada da Administração Pública de declarar nulo ato administrativo inquinado de vício não implica violação a direito líquido e certo, inexistindo, portanto, fundamento fático-jurídico para o deferimento da segurança" (RMS 31.046/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010). 6. No que se refere às verbas não pagas, relativas aos serviços efetivamente prestados pela recorrente convém esclarecer que o Mandado de Segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais passados, nos termos da Súmula 271/STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". Ainda nesse sentido, a Súmula 269/STF dispõe que "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança." 7. Recurso Ordinário não provido. (RMS 44.476/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016).

Assim, tratando-se de processo cuja natureza exige rápida solução, a aferição do direito líquido e certo é necessária desde o primeiro contato do julgador com os autos. A respeito do tema, preleciona Leonardo Carneiro da Cunha:

Ao ter como pressuposto o direito líquido e certo, o mandado de segurança somente admite a produção de prova documental, que deve acompanhar a petição inicial para que se comprovem as afirmações ali feitas. Consequentemente, se as alegações feitas no mandado de segurança dependerem de outra prova que não seja a documental, não será possível ao juiz examinar o mérito da questão posta a seu julgamento.

[...] a cognição empreendida no mandado de segurança é plena e exauriente secundum eventum probationis, ou seja, depende, apenas, dos elementos que acompanham a petição inicial. Caso tais elementos venham a ser rechaçados nas informações, não haverá outra alternativa ao magistrado senão denegar a segurança, restando à parte impetrante o socorro ao procedimento comum. E nem poderia ser diferente, sob pena de se suprimir o caráter especialíssimo da via mandamental. (CUNHA, José Carneiro da Silva. A Fazenda Pública m Juízo. 13ª edição, totalmente reformulada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.506).

Deste modo, inexistindo prova documental e pré-constituída dos fatos alegados capaz de demonstrar de pronto a ilegalidade ou abusividade do ato praticado, o indeferimento do remédio heroico, é medida que se impõe, ante a impossibilidade de dilação probatória.

No caso dos autos, observa-se que a impetrante foi aprovada na 68ª (sexagésima oitava) colocação no Concurso Público C-167, Edital nº 01/2012 SEAD-SEDUC, para o cargo de Professor Classe I, nível A, Modalidade Educação Especial para a 3ª URE, que abrange os Municípios de Abaetetuba e Barcarena(fl.33).



Verifica-se ainda, que concorreu à vaga destinada ao Município de Abaetetuba, para o qual o Edital previu 50 vagas, sendo 47 de livre concorrência e 3 para candidatos portadores de necessidades especiais, conforme se depreende das fls.26-verso. Logo, evidente que sua aprovação ocorreu fora do número de vagas.

Via de regra os candidatos aprovados fora do número de vagas possuem mera expectativa de direito. Porém, em sede de repercussão geral (Tema 784), o Supremo Tribunal Federal, flexibilizou este entendimento admitindo a existência do direito subjetivo à nomeação quando demonstrada a preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Senão vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRÉTERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como Administrador Positivo, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que



melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016). (grifos nossos).

Nesse contexto cumpre verificar se as alegações da impetrante quanto às contratações temporárias e ao desvio de função de servidores efetivos, configuram a preterição capaz de convolar sua mera expectativa em direito líquido e certo à nomeação.

No que concerne aos servidores temporários, cumpre esclarecer que a mera contratação por parte da Administração não configura imediata preterição, sendo necessária a comprovação da existência de cargo de provimento efetivo vago e que o servidor contratado à título precário está exercendo as atribuições típicas desse cargo.

Nesse sentido posiciona-se o STF:



AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. AUSÊNCIA. PRETERIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CARGOS EFETIVOS VAGO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CLÁUSULAS DO EDITAL. SÚMULAS 279 E 454/STF. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não comprovação da existência de cargo efetivo vago pelo Tribunal de origem. II - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever o conjunto fático-probatório e as cláusulas do edital, o que atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. A afronta à Constituição, se ocorresse, seria apenas indireta. III - Majorada a verba honorária fixada anteriormente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 980011 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 26-03-2018 PUBLIC 27-03-2018)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Existência de cargos efetivos vagos. Preterição de candidatas aprovadas em concurso vigente. Ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a contratação precária de agentes públicos somente configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente - ainda que fora do número de vagas previsto no edital - quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 802958 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 14-11-2014).

Esse posicionamento decorre do entendimento de que nem toda a contratação temporária realizada no prazo de vigência do concurso implica em preterição à ordem de classificação. Pois, os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (art.37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuidam-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

Neste sentido decidiu o STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA OFICIAL DE APOIO JUDICIAL DO TJMG. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015). 2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de



candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art.37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuida-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 49.610/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 22/04/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ" (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015).

2. Esta é também a orientação do STF, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes precedentes: RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016 e AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014.

3. A paralela contratação de servidores temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos efetivos.

4. Agravo interno a que se nega provimento, com imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

(AgInt no RMS 52.816/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 19/06/2017).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. No caso concreto, não há, nos documentos que acompanham a inicial, a comprovação de maneira inequívoca que a Administração tenha realizado a contratação de Servidores temporários para o cargo e lotação almejados pela impetrante de modo a validar seu direito subjetivo à nomeação, nem mesmo a ocorrência de exonerações de Servidores em número tal que alcance a posição por ela atingida no certame.

3. Agravo Regimental do particular desprovido.

(AgRg no RMS 48.343/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017).

O documento anexado aos autos (relatório de professores



temporários lotados na educação especial, fls. 36-verso) não comprova a existência de cargo de provimento efetivo vago para o qual a impetrante prestou o concurso.

Reconhecer direito líquido e certo a nomeação pela simples razão de existirem servidores temporários, poderia obrigar o Estado a nomear candidato sem haver disponibilidade, implicando, por via transversa, na criação de cargo, sem o devido processo legislativo, o que, por certo, está fora das competências do Poder Judiciário.

Quanto a alegação de que servidores efetivos estariam em desvio de função, de igual forma, verifica-se que o Relatório de professores efetivos lotados na educação especial, não ingressados pelo concurso C-167, também não é documento apto a comprovar a referida alegação, tanto que, a discussão acerca da alegada existência de desvio de função está sendo objeto de mérito na Ação Civil Pública nº 0001281-72.2015.814.0301, procedimento que, diferentemente da via eleita pela impetrante, permite a dilação probatória para o esclarecimento da controvérsia.

Em consonância com esse entendimento, colaciono precedentes deste Egrégio Tribunal em casos análogos:

(...). Portanto, analisando as alegações e os documentos juntados aos autos, constata-se que os fatos narrados pela impetrante em sua exordial não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, proferido em sede de repercussão geral. Assim, não vislumbro presente fundamento relevante nas alegações da impetrante, considerando-se que a requerente obteve a 141ª posição na classificação final do certame, portanto, fora do número de vagas, figurando apenas em cadastro de reserva, logo a hipótese presente configura apenas mera expectativa de direito que não se convola em direito subjetivo à nomeação. Quanto à afirmação de contratação temporária de pessoal suscitada, verifico constituir-se em mera alegação da impetrante, uma vez que inexistente nos autos prova inequívoca acerca do ato tido como abusivo, uma vez que dos documentos colacionados não é possível concluir, por exemplo, a data o termo inicial e final dos contratos temporários. No que diz respeito à alegação de professores efetivos estarem em desvio de função, em razão de atuarem como professores na modalidade de ensino de educação especial no município de Abaetetuba, observo que a tabela anexada não se revela apta a demonstrar inequivocamente o desvio de função de professores supostamente praticado pela Administração, ato apontado como abusivo e ilegal. Quanto à existência de Ações Cíveis Públicas (procs. 0001281-72.2015.814.0301 e 0008244-06.2016.8.14.0061), ajuizada pelo Ministério Público Estadual, após consulta ao sistema Libra de acompanhamento processual, verifico que encontram-se pendentes de sentença, razão pela qual observo que apenas o ajuizamento da ACP não constitui prova inequívoca do direito alegado pela impetrante, diante da necessidade de dilação probatória para apuração de contratação temporária irregular pela Administração específica para o município de Abaetetuba (3ª URE). Por conseguinte, constata-se que os argumentos e os documentos apresentados pela impetrante são inservíveis à caracterização da liquidez e certeza, tendo em vista a necessidade de dilação probatória destinada à apuração e caracterização da alegada existência de desvio de função de professores efetivos no município de



Marabá atuando na área de ensino de educação especial, o que se verifica inviável em sede de mandado de segurança. Ressalta-se ainda que por se tratar de um procedimento sumário especial que exige celeridade em sua tramitação, a dilação probatória se mostra descabida, pelo que se exige prova documental pré-constituída, sob pena de ser indeferida a exordial, conforme, aliás, a previsão constante do art. 10, *caput*, da Lei nº 12.016/2009. (...). Portanto, resulta evidente que a impetrante não logrou êxito em demonstrar e caracterizar, através de prova inequívoca e verossímil, o ato tido como abusivo que supostamente teria sido praticado pela autoridade apontada como coatora, no caso, a existência de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, requisito indispensável à propositura da ação, não tendo também conseguido comprovar a liquidez e certeza do direito vindicado. Pelo exposto, conclui-se pela ausência de direito líquido e certo essencial para a impetração do Mandado de Segurança, razão pela qual INDEFIRO A INICIAL, a teor do art. 10, *caput*, da Lei nº 12.016/2009, e, por conseguinte, extingo o processo, sem julgamento do mérito, consoante os termos do art. 485, I e IV, do CPC/15. Publique-se, registre-se. Intimem-se. Sem custas e honorários advocatícios. Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos. Belém (PA), 03 de abril de 2017. Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN Relatora 1 (2017.01378288-63, Não Informado, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2017-04-07, Publicado em 2017-04-07).

(...). Após detida análise do caso em tela, verifico que o Impetrante não logrou comprovar a existência de direito líquido e certo a ser protegido pela via do mandado de segurança, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016/09. Emerge dos autos que a Impetrante submeteu-se ao concurso público para provimento de vagas ao cargo de Professor Classe I, nível A - disciplina, modalidade educação especial, para a 8ª URE-Santa Maria do Pará, regido pelo Edital nº 01/2012 - SEAD/SEDUC, concurso C-167. Compulsando os autos observo que no aludido edital foram ofertadas 502 vagas no cargo efetivo de Professor Classe I, Nível A, na modalidade educação especial (vide item 3.1 e 3.2 do edital às fls. 16v), sendo apenas 2 vagas destinadas para a 8ª URE-Santa Maria do Pará. Verifico que a impetrante foi classificada na 4ª colocação (fls. 28), isto é, fora número de vagas ofertadas pelo edital para o cargo concorrido. Deste modo, tem-se que a impetrante não foi aprovada dentro do número de vagas previstas no edital do concurso para a localidade a qual se inscreveu (8ª URE-Santa Maria do Pará), portanto, não comprovou a existência de cargos efetivos vagos sem o devido preenchimento, estando ausente, portanto, o direito líquido e certo. Embora o impetrante aponte a existência de contratação temporária de Professores, a mesma não comprova essa circunstância, pois instada a emendar e inicial e colacionar a prova do alegado, a mesma deixou transcorrer in albis o prazo sem qualquer manifestação. (...). Ante o exposto, em razão da inexistência de prova nos autos do direito líquido e certo da impetrante, JULGO EXTINTO o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso IV e VI, do CPC. Custas processuais pela impetrante. Sem honorários, por força do disposto no art. 25 da Lei Federal nº 12.016/09. Publique-se. Registre-se. Intime-se. À Secretaria para as devidas providências. Belém, 21 de fevereiro de 2017. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE Desembargadora Relatora (2017.00710005-19, Não Informado, Rel. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2017-03-06, Publicado em 2017-03-06).

(...). corre que, diferentemente do alegado pela impetrante, os documentos que acompanham a inicial são insuficientes para a aferição da ilegalidade arguida. Aqui



não se demonstra a contratação irregular de pessoas ou com desvio de função. A simples alegação da existência de que vagas estariam sendo ocupadas irregularmente não são capazes de lidar o suposto direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse. E mais, ainda que existissem documentos que demonstrassem a existência de contratos temporários e servidores ocupando cargos com desvio de função, a ação mandamental não é o rito eficaz a assegurar o direito da impetrante, pela impossibilidade de dilação probatória. Em se comprovando as irregularidades apontadas na inicial, pela impetrante, seria necessário verificar uma série de outras situações, a saber, se não se tratam de contratações para cargos em comissão previstos em lei, se os contratos não são de servidores estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, entre outras, o que inviável na estreita via deste writ. (...). Com efeito, o caso dos autos demanda instrução probatória, eis que a impetrante não junta documentos suficientes a comprovar as alegações suscitadas na peça preambular. Irrefutável, assim, a conclusão de que a impetrante não possui direito líquido e certo a ser amparado através da presente impetração, ante a deficiência dos elementos comprobatórios do que alegado na inicial, da exclusiva responsabilidade do impetrante, leva ao não conhecimento da ação, sem que tanto impeça a renovação da demanda (art. 6º, § 6º, da Lei n. 12.016/2009). Diante da fundamentação suso articulada, imperativo a extinção do feito sem resolução do mérito. Ante o exposto, com supedâneo no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009 c/c artigo 485, inciso I do Novo Código de Processo Civil, INDEFIRO a petição inicial e JULGO EXTINTO o feito, sem resolução de mérito. Caso queira, desde já autorizo o impetrante a desentranhar os documentos que instruíram a inicial, mediante traslado. Condeno o impetrante ao pagamento das custas processuais finais, suspensa a cobrança na forma do artigo 98, §3º do CPC/2015, eis que defiro o pleito de gratuidade da justiça. Sem honorários advocatícios, consoante previsão do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, combinado com a Súmula nº 512/STF. Decorridos os prazos recursais, arquivem-se os autos. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Belém(PA), 10 de fevereiro de 2017. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA Desembargadora Relatora 1 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016 2 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36-37. Página (1)(2017.00534861-02, Não Informado, Rel. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2017-02-14, Publicado em 2017-02-14).

(...). No caso dos autos, a suposta violação ao pretense direito da impetrante consiste na alegação de que vagas que deveriam ser providas por candidatos regularmente aprovados no concurso, na verdade vêm sendo providas por contratos temporários e por servidores que atuam em função diversa da qual foram admitidos, havendo claro desvio de funções. No entanto, NADA COMPROVA EFETIVAMENTE NESSE SENTIDO. Junta inúmeros documentos, dos quais nenhum está apto a comprovar, de maneira clara, que efetivamente está havendo desvio de funções no cargo em questão. Os fatos alegados são realmente graves, inclusive estão sob o crivo do Ministério Público Estadual, segundo informações nos autos. No entanto, para fins de análise em sede de mandado de segurança, mostra-se necessário que o direito se mostre claro e definido desde o momento da impetração, não demandando qualquer dilação probatória. A situação concreta que se demonstra, é que a impetrante de fato foi aprovada no certame, mas fora do número de vagas ofertado, tendo assim ocupado o cadastro de reservas. Nesses casos, os candidatos possuem mera expectativa de virem a ser nomeados dentro do prazo de validade do certame. O direito líquido e certo às nomeações surgiria somente se comprovado o preenchimento irregular de cargos, em número



suficiente a atingir o direito da impetrante. Tal situação, infelizmente, **NÃO SE COMPROVOU**. Portanto, diante dos limites estabelecidos para a ação mandamental, onde todo o suporte probatório da violação a direito do impetrante deve vir acostado à inicial, temos que as alegações do impetrante não trouxeram a prova pré-constituída necessária para que seja analisada a existência de violação a direito líquido e certo. Nesses casos, é imperativo o indeferimento da inicial, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça: (...) Posto isto, com amparo no art. 10 da Lei 12.016/2009 (ç A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetraçãoç.), e no art. 267, I do CPC, indefiro a inicial da presente ação mandamental, extinguindo o processo, sem resolução de mérito. (2017.00416513-26, Não Informado, Rel. GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2017-02-06, Publicado em 2017-02-06).

(...). A preterição de candidato classificado em cadastro de reserva apenas se manifesta caso eventual vaga/cargo esteja sendo ocupada pelo servidor temporário/ em desvio, de modo efetivo, específico, de modo que se faz necessário verificar se determinando servidor está ocupando aquele determinado cargo que o concursado efetivamente ocuparia, no caso de apuradas as vagas e ordem de classificação. Não se observa, de plano, dos documentos trazidos aos autos, que a preterição tenha ocorrido nos moldes acima expostos, eis que apresentam as nomeações daqueles classificados dentro do número de vagas, bem assim a existência de servidores efetivos (concursados) no exercício de função na área de educação especial, na referida localidade, sem, no entanto, que se possa aferir, dos mesmos, a qual título se encontram no exercício da respectiva função, por quanto tempo e, principalmente, se, de fato, esse exercício manifesta desvio, vez que não se tem notícias de quais seriam seus cargos de origem ou se não possuem habilitação para aquela função. Enfim, enxerguem dos autos inúmeras dúvidas, ao revés da imprescindível certeza sobre os fatos, sem a qual inviável o manejo do remédio constitucional extremo do mandado de segurança. A ação de mandado de segurança faz instaurar processo documental que exige produção liminar de provas, fazendo instaurar o processo de caráter eminentemente documental, a significar que a pretensão jurídica deduzida pela parte impetrante há de ser demonstrada mediante produção de provas documentais pré-constituídas, aptas a evidenciar a alegada ofensa a direito líquido e certo supostamente titularizado pelo autor do ç writç mandamental. Assim, considerando que o mandado de segurança labora em torno de fatos certos - e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca -, sendo imputado ao autor trazê-las com a inicial, verifica-se ausente requisito de procedibilidade para o presente ç writç, qual seja, prova pré-constituída da ilegalidade apontada. Desse modo, ausente direito líquido e certo, em sua acepção processual, ausente requisito de procedibilidade para o presente ç writç. Ausentes os requisitos legais, sem os quais inadmitese o processamento do mandado de segurança, com fulcro no art. 10º da Lei n. 12.016/2009, INDEFIRO A INICIAL. (2016.05105973-90, Não Informado, Rel. MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2016-12-19, Publicado em 2016-12-19).

Assim, não havendo demonstração inequívoca do direito líquido e certo, impõe-se o indeferimento da petição inicial com fundamento no art.10 da Lei 12.016/2009, que regula o mandado de segurança, cumulado com o art.485, IV, do CPC/2015, que dispõem:



Lei 12.016/2009

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

CPC/2015

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

V - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA PLEITEADA POR INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL**, com fulcro no art.10 da Lei 12.016/09 c/c art.485, V, do CPC/2015, extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos da fundamentação acima indicada.

Custas pela impetrante, restando suspensa a exigibilidade por ser beneficiária da Justiça Gratuita (art. 98, §3º, do CPC/2015).

Sem condenação em honorários advocatícios por força das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ c/c o art. da Lei nº 12.016/2009.

É o voto.

P.R.I.C.

Belém, 12 de dezembro de 2018.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora